

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

程序法出罪功能研究

杨明/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书系作者主持的国家社科基金项目
“差别诉讼机制研究”的阶段性成果，项目批准号为09BFX064。

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

程序法出罪功能研究

杨明/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

程序法出罪功能研究 / 杨明著. —北京:法律出版社, 2011. 12

(辽宁大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2885 - 9

I. ①程… II. ①杨… III. ①刑事犯罪—刑法—研究—中国 IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 251409 号

辽宁大学
法学学术文库

程序法出罪功能研究

杨明著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.25 字数 214千

版本 2011 年 12 月第 1 版

印次 2011 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2885 - 9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

辽宁大学法学学术文库总序

新中国成立以来,社会主义法制与法学经历了 60 年的发展,特别是改革开放新时期的变革创新,中国特色社会主义法学理论体系趋向成熟、社会主义法治理念得以确立、中国特色社会主义法律体系基本形成。这些深刻变化和辉煌成绩,充分印证了中国法学对法治文明和社会进步的贡献。如今,法治已经成为我国社会最主要的话题之一,法治的理念开始深入人心,法学已经在向中国的“自主性”及法学的中国范式与中国体系发展。

进入 21 世纪,当我们置身于全球化的背景中,深入思考法治及法学问题时,我们发现越来越多的影响因子是上个世纪所没有直面的、至少是没有成为影响法治基本内涵与构建的主要因素,比如环境问题、科技发展、公共卫生、金融危机、外汇储备、裁军与反恐,等等,而今已成为决定法治进程的重要因素。适应鲜活的社会现实、回应大千世界的变化,法律在行动,法律在前进,于是出现了全球治理结构与法治文明演进、国际规范与价值的重塑、非政府组织对法律规制的介入、基于国际义务的国内法修复,等等。在中国社会进程中长期形成的法治理念、法律制度、法制实践路径均遇到来自新世纪社会问题的挑战。它使法学研究始终面临变革和机遇。它使我们这些法学研究者不能总是停留在对传统法律体系的传承上,不能总是纠结在对眼前法律运行的零星观察与思

考中,不能总是沉湎在对西方法律学说和制度的引进与评价上,我们需要突破、需要创新,需要自主,需要在 21 世纪的今天、在中国社会科学贡献于中国乃至世界发展的成果中,体现法学的话语体系,树立法学的不可替代的地位。所以,探索从来就不是终结的,它始终是在新的起点上。那么,我们的使命是什么?什么是我们的贡献?

21 世纪的今天,从事法学研究是幸运的,这不仅仅在于中国的社会主义市场经济和民主政治的制度与实践愈益完善,为我们提供了深厚的实践源泉和进步的社会思潮;同时也在于我们今天所处的世界与历史上的世界、甚至十年前的世界是那么不同,多元化、趋同化、分层化的发展,特别是金融危机的蔓延与深化,使中国及其他新兴经济体成为世界秩序重构的重要力量,提升了我们在国际经济秩序、政治秩序和法律秩序中的发言权和决策权,从而也为我们的法学研究提供了广阔的平台和开放的视野。法治实践的深化呼唤法学研究的繁荣,它赋予我们当代法学家与时俱进的时代使命和不断创新的学术责任。这已经成为法学学术共同体的共识。从日益雄厚的学术积累和不断更新的学术成果就可以看出法学人的不懈努力和追求。辽宁大学法学院教学研究人员的系列成果就是其中的一份。

我与辽宁大学相识已久,交往甚深。他们的经济学、管理学、文学、哲学一直是国内公认的优势学科,他们的法学学科则是经过跨越式发展而后来居上、脱颖而出,已经在法学界拥有显赫之地。特别是 2005 年成功获得经济法学博士学位授权点,突破了发展的“瓶颈”,跃上了新的台阶。辽宁大学法学院是改革开放后国内最早创立的全日制法学本科教育基地之一,在老一辈法学专家的奠基与创建后,经过多年的建设和发展,已经成为我国法学研究和法律人才培养的重镇之一。辽宁大学法学院汇集了一批优秀的中青年骨干教师。他们不慕虚名、敬业尚学、勤奋笃实,辛勤耕耘出一片学术沃土,为国家和地方的民主法制建设和现代化事业提供了理论成果和智力支撑。去年他们的实验室被批准为教育部国家级法学实验教学示范中心,再一次反映出辽宁大学法学学科在学

科建设和人才培养等方面的不懈探索。

此次设立的“辽宁大学法学学术文库”，是辽宁大学法学院在学术研究上又一可喜尝试。辽宁大学作为国家重点建设的“211”学校，在其三期建设规划中，把法学学科作为独立立项建设单位，以“和谐社会的法律规制与创新”为主题，整合学术团队进行学术研究，先后在法治理念、经济法制、国际化问题、司法保障等领域取得了一系列成果。本文库是为了集中展示辽宁大学法学研究成果和整体水平，重点资助在“211”工程三期建设中立项的专著类成果而设立的。在即将出版的成果中，多数是在作者主持完成的国家社科基金课题、司法部部级重点课题、教育部人文社科基金课题的结项成果以及部分教师的博士学位论文的基础上，经过修改、完善而成的。首批出版的几部专著，内容涉及法理学、经济学、诉讼法学、刑法学、行政法学等。本文库以后还会有第二批、第三批专著陆续出版，这些研究成果不但反映了作者们对国家法治问题的深切关注，而且也显示了他们对国家法治发展的理论贡献。这些凝聚着心血成果让我们看到了辽宁大学青年学者在法学研究上的探索和努力。

我们相信，也期待着辽宁大学法学院的教师会不断贡献新的研究成果，更加成为中国法治建设行列中的重要力量！正是有这样一批又一批年轻后生，中国的法治建设与法学事业才真正富有希望！

是为序。

教育部人文社会科学重点研究基地·吉林大学理论法学研究中心主任

吉林大学资深教授

中国法学会副会长

教育部社会科学委员会法学学部召集人

教育部法学学科教学指导委员会主任委员

张文显

目 录

绪论 /1

第一章 程序法出罪功能之基础 /12

一、罪刑法定原则与出罪 /12

(一) 罪刑法定原则的价值内容 /12

(二) 罪刑法定原则不禁止出罪 /15

(三) 现行刑法各种出罪情形透视 /29

二、实体法与程序法在刑事领域的作用机制 /44

(一) 程序法对实体法具有依附性 /44

(二) 刑事政策需要程序法与实体法合力 /49

(三) 程序法存在独立的价值追求 /55

(四) 程序法具有独立的处断能力 /65

第二章 程序法出罪之依据与原则 /74

一、现行《刑事诉讼法》独立出罪考察 /74

(一) 独立出罪的规定 /75

(二) 独立出罪的合理性 /80

(三) 独立出罪中的问题 /81

二、程序法出罪的依据 /83

(一) 正当程序 /83

(二) 政策需要 /90

(三) 功利选择 /94

三、程序法出罪的原则 /97

(一) 保持与实体法内在的协调性 /97

(二) 补充实体法之不足和不能 /100

(三) 满足最迫切的需要 /104

(四) 坚持法制主义 /106

第三章 程序法出罪之事由 /112

一、刑事和解 /113

二、制裁部分程序违法 /120

(一) 非法证据排除可能放纵犯罪 /121

(二) 诱惑侦查导致“陷阱抗辩”的免罪 /127

三、容忍某些特殊侦查 /134

(一) 犯意诱发型侦查的“教唆”免责 /134

(二) 卧底侦查人员参与犯罪之免责 /136

四、交易豁免 /141

(一) 作证交易免罪 /142

(二) 认罪交易免罪 /146

(三) 特殊贡献免罪 /151

五、犯罪人死亡 /156

六、无罪判决 /162

七、律师辩护言论 /167

八、超法规事由 /171

第四章 程序法出罪之规制 /180

一、刑事和解事由的出罪程序 /181

(一) 适用刑事和解出罪的案件范围 /183

(二) 适用刑事和解出罪的案件条件 / 185	
(三) 适用刑事和解出罪的具体程序 / 186	
(四) 对刑事和解出罪协议的补救 / 188	
二、制裁程序违法事由的出罪程序 / 189	
(一) 非法证据排除导致出罪的条件 / 189	
(二) 否定犯意诱发型诱惑侦查导致出罪的条件 / 198	
三、容忍特殊侦查事由的出罪程序 / 204	
(一) 诱发犯罪的诱惑侦查之免责条件 / 204	
(二) 卧底侦查中犯罪的免责条件 / 210	
四、交易豁免事由的出罪程序 / 212	
(一) 作证交易豁免的出罪适用 / 212	
(二) 认罪交易豁免的出罪适用 / 216	
(三) 立功等特殊贡献交易豁免的出罪适用 / 217	
五、犯罪人死亡事由的出罪程序 / 221	
(一) 犯罪人死亡情形的出罪之例外 / 221	
(二) 犯罪人死亡情形的具体出罪程序 / 224	
六、无罪判决事由的出罪程序 / 225	
(一) 无罪判决导致出罪的案件范围 / 226	
(二) 无罪判决能够形成出罪后果的条件 / 228	
七、律师辩护言论事由的出罪程序 / 228	
(一) 可以豁免罪责的律师辩护言论的范围 / 229	
(二) 律师辩护言论豁免的证据条件 / 231	
(三) 律师辩护言论豁免的具体程序 / 232	
八、超法规事由出罪的程序控制 / 233	
(一) 超法规事由出罪的条件 / 233	
(二) 超法规事由出罪的程序 / 234	
结语 程序法在依附中独立 / 239	
参考文献 / 244	

绪 论

一、出罪的界定

“出罪”不是一个法律术语,而是一个法学研究中的词汇。在刑法学研讨中有人把它用于不成立犯罪的情况,即法律没有将某种行为规定为犯罪,可以说成是对其作了出罪处理;更多的人在另外一个意义上使用这个词,即法律明文规定的犯罪行为没有被作为犯罪处理。从出罪的语义分析方面考虑,“出”以已经存在于其内部为前提,所以,“入罪”是出罪的先决条件。如果将一切法律认为没有构成犯罪的行为都认为是出罪,不但没有反映“出”与“入”的相对性,更使得出罪的行为无限广泛与庞杂,导致缺乏研究的必要和可能。另外,“出罪”一词被大量使用和关注,缘于近年来我国司法中刑事和解的尝试所引起的讨论。所谓刑事和解,是指“办案机关在当事人达成和解的基础上综合案件情况,特别是考虑犯罪的危害性、加害人悔过、赔偿情况及被害人态度等因素,对加害人作出较为宽缓的

处理,包括撤销案件、不起诉、定罪免刑及从轻处罚。”^①可见,刑事和解能够导致一个刑法规定的犯罪行为在司法中不作为犯罪处理。所以,有人认为“刑事和解制度是一个对犯罪行为予以实质上的出罪化机制。”^②司法中对于刑法明文规定的犯罪行为进行非犯罪化处理,被大家普遍地认为是出罪,而且,关于司法出罪的合法性、合理性之讨论十分激烈。所以,在犯罪行为非犯罪化处理的意义上界定出罪,不仅符合当下刑事和解研讨的需要,也能够使“出罪”一词在语义解释方面符合规范。

二、出罪的司法现状

刑事和解早在1979年制定的《刑事诉讼法》中就有规定,自诉案件可以和解与撤诉的规定一直延续到1996年修改的《刑事诉讼法》里面。相当长一段时间理论界没有关注刑事和解,一方面,由于自诉案件数量非常少,和解结案的就更少,即使存在问题也不会很多;另一方面,以和解方式处理公诉案件由于没有明确的法律规定而一直被认为是违法的,实务中也几乎没有操作。20世纪70年代,中国实行了改革开放政策,计划经济受到了市场经济的冲击。随着市场经济的形成与发展,个人、各种独立经济体以及诸多的团体、组织需要法律对其利益的特别保护,计划经济体制下的一切服从国家利益观念遭到挑战,政治国家一元化的社会结构开始分化,中国的市民社会开始形成。“在二元社会结构中,人的本质具有双重性。人作为公民,生活在政治国家里,他的自由受到国家权力的限制;而作为市民,生活在市民社会里,其自由是国家法律所不可剥夺的。”^③市民社会的存在使得国家利益以外的组织与个人利益保护的要求越来越强烈,直到21世纪初,随着中国国民权利意识的提升,刑事司法体制无法彻底解决公民个人权利保障的问题,主要反映为大量的上访、申诉甚至私力救济事件的爆发。“我国正处于社会转型时期,各

① 宋英辉等:“公诉案件刑事和解实证研究”,载《法学研究》2009年第3期。

② 莫晓宇:“和谐社会视野下的中国刑事和解机制之构建”,载赵秉志:《和谐社会的刑事法治》(上卷),中国人民公安大学出版社2006年版。

③ 张建军:“刑法谦抑性基础的多维度分析”,载《甘肃社会科学》2006年第5期。

种社会矛盾突出,被害人作为社会弱势群体应当受到社会的关注。……现在涉法上访案件中,被害人因没有得到经济赔偿而上访的案件占有相当比例,这都是影响社会稳定的因素。”^①

被害人的境遇受到了全社会的同情与支持;但是,要在现有法律规定的刑事司法程序中彻底解决被害人的赔偿问题,又是不现实的。于是,各个地方的司法机关开始探索主要针对被害人安抚的和解方式,将实践中偷偷进行的关于犯罪的“私了”公开化。2002年上海市杨浦区司法局和公安分局共同制定了《关于民间纠纷引发伤害案件联合进行调处的实施意见(试行)》。该“意见”规定对于因琐事纠葛、邻里纠纷引发的轻伤害案件,公安机关受理后,双方愿意调处解决的,由派出所委托人民调解委员会进行调解。调解成功的,由调解委员会出具调解协议;双方认可后,公安机关不再作为刑事案件处理。2005年,杨浦区司法局又与检察院联合制定了《关于在办理轻微刑事案件中委托人民调解的若干规定(试行)》,规定在审查起诉阶段当事人双方自愿调解的轻伤害案件检察机关可以作不起诉处理。同年,杨浦区公检法司四家又联合制定了《关于轻伤害案件在诉讼阶段委托人民调解的规定(试行)》,规定轻伤害案件通过人民调解就民事赔偿达成一致的对刑事部分的加害人可以作出不予立案、撤案、不起诉、免于刑事处罚等处理。2003年,北京市政法委下发了《关于北京市政法机关办理轻伤害案件工作研讨会纪要》,对公、检、法三家办理轻伤害案件进行规范;对确因民间纠纷引起的轻伤害案件,犯罪嫌疑人、被告人的犯罪情节轻微,有悔罪表现,已全部或部分承担被害人医疗、误工等合理赔偿费用,被害人不要追究刑事责任,双方自愿协商解决的,在双方达成书面协议后,可以采用撤销案件、不起诉、免于刑事处罚或判处非监禁刑等方式从宽处理。浙江、安徽等地也相继出台了对类似的轻伤害案件等轻微刑事案件,采用刑事和解方式结案的规定。案件类型从最初的轻伤害案件扩展为交通肇事、盗窃、抢劫、

^① 陈兴良:“呼唤国家刑事补偿制度”,载《法制日报》2007年3月18日版。

重伤等案件。有关学者的抽样调查表明,“在刑事和解成功的加害人与被害人中,无一人申诉或上访,申诉上访率为0”。“在实验组中,进入和解程序的案件占全部实验案件的25.7%”。^①刑事和解良好的社会效果促进了刑事和解的全面推广。2006年,最高人民检察院下发了《关于在检察工作中贯彻宽严相济的刑事政策的若干意见》,对有下列五种情形之一的“可诉可不诉”轻微犯罪,尽量决定不起诉:(1)未成年、老年犯罪嫌疑人,社会危害不大、主观恶性小的;(2)因亲友、邻里及同事同学之间纠纷引发的轻微犯罪中,犯罪嫌疑人认罪悔过、赔礼道歉、积极赔偿损失并得到被害人谅解或者双方达成和解并切实履行,社会危害不大的;(3)初次实施犯罪又主观恶性较小的;(4)因生活无着偶然实施盗窃等轻微犯罪且人身危险性不大的;(5)群体性事件引起的刑事犯罪中属于一般参与者的。2010年12月,最高人民检察院又出台了《关于办理当事人达成和解的轻微刑事案件的若干意见》。该“意见”规定,对于依法可能判处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金的刑事公诉案件,如果同时符合下列条件的,一般可以决定不起诉:1.属于侵害特定被害人的故意犯罪或者有直接被害人的过失犯罪。2.案件事实清楚,证据确实、充分。3.犯罪嫌疑人、被告人真诚认罪,并且已经切实履行和解协议。对于和解协议不能即时履行的,已经提供有效担保或者调解协议经人民法院确认。4.当事人双方就赔偿损失、恢复原状、赔礼道歉、精神抚慰等事项达成和解。5.被害人及其法定代理人或者近亲属明确表示对犯罪嫌疑人、被告人予以谅解,要求或者同意对犯罪嫌疑人、被告人依法从宽处理。不起诉当然不可能被定罪;3年以下有期徒刑的案件,犯罪人只要努力实现真诚认罪、达成赔偿协议、获得被害人谅解等犯罪后条件,就可能获得无罪的法律待遇。这种以犯罪成立后的条件否定犯罪的司法解释,不仅与刑法规定的罪刑法定原则公然冲突,也没有符合刑事诉讼法赋予检察机关拥有自由裁量权的酌定不起诉的条件要求:“依照刑

① 宋英辉等:“公诉案件刑事和解实证研究”,载《法学研究》2009年第3期。

法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”。可见,尽管没有刑法、刑事诉讼法的原则依据和具体规范的根据,实践中刑事和解也已经是对构成犯罪行为不起诉的一种原因;而且,轻微犯罪的大量不起诉将势在必行。

三、出罪的理论争鸣

针对司法独立出罪的状况,有学者认为:“司法机关对法律已经规定为犯罪的行为也可通过‘不予认定为犯罪’之手段进行非犯罪化的观点,实际上是将司法机关也纳入刑事立法主体,而刑事立法主体的多元化将使罪刑无法明确化,最终导致罪刑法定原则的沦丧。”^①对于刑法明文规定为犯罪行为的,没有通过司法程序予以宣告有罪,而且,这种宽缓没有法律规定的特别程序的限制,必然导致大量犯罪不被处罚。这不仅挑战了刑法的权威性,也使得罪刑体系出现了明显的不协调。我国《刑法》第63条第2款规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”仅仅是超法规事由在法定刑以下量刑,《刑法》都要求经最高人民法院核准,足以见得法律对“罪刑法定”地恪守之严格。对法定刑的突破如此谨慎,对罪的有无就应当更加坚守法定的标准。事实又恰恰相反,犯罪行为的非犯罪化处理却没有任何程序的制约。地方性、部门性的规章出现了否定刑法关于犯罪的规定,就其法律效力而言是存在明显问题的。入罪之后的某种行为是否可以再“出罪”?将一行为入罪的特权应当属于刑法,这个问题不存在争议,但是,出罪权是否也应当由刑法垄断?针对这些问题,理论界展开了激烈的讨论。有学者主张刑法应当垄断入罪权的行使,但是,不能具有出罪功能,出罪应当由程序法负担。“可以说,罪刑法定原则与法制原则的这种内在一致性决定了刑法不允许‘出罪’。罪刑法定原则不同于法制原则的独特品格在于它强调国家刑罚权的收缩取向,这具体体现在:一方面它不给法外‘入罪’留下任何

^① 王明星:《刑法谦抑精神研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第186~187页。

余地;另一方面它又允许对某些实体上确认有罪的人在程序上‘出罪’。”^①有人主张通过赋予法官自由裁量权的方式对轻微犯罪进行出罪处理:“通过司法环节将一些实际危害不大,行为危险性也不大的犯罪进行广泛地非犯罪化”,“并没有导致犯罪率的明显上升,相反还避免了社会资源和法律制度资源的不必要的浪费”。^②也有学者主张,在我国目前法官素质不高、司法腐败大量存在的国情下,对于《刑法》明文规定的构成犯罪的行为,不作为犯罪处理可能造成对法治的破坏。所以,“在目前,我们还是应当更多地强调形式合理性,但也应给法官的自由裁量留下一定的余地。在一般情况下,法有明文规定行为的出罪应通过司法解释加以规定。在条件成熟以后,再将这种自由裁量权交由法官”。^③还有学者建议:通过建立非犯罪化程序机制实现程序法出罪。主要方案是适当扩大自诉案件的范围、完善刑事调解制度、完善酌定不起诉制度、建立暂缓起诉制度等,实现程序法独立意义上的出罪。而现行《刑事诉讼法》第15条规定的不追究刑事责任、第142条第2款规定的酌定不起诉和第172条规定的自诉案件可以调解与和解,“并不意味着完整的、系统的犯罪问题非犯罪化处理的程序机制的建立。因为,上述这些规定总体上是依据刑事实体法中的规定出罪的,而不是程序自身产生了出罪的效应。相反,世界上许多国家通行的侦查阶段的刑事调解、起诉阶段的暂缓不起诉制度、审判阶段的缓予宣告制度等真正意义上的非犯罪化程序机制,在我国刑事诉讼立法上尚属空白”。^④

四、超法规出罪剖析

我国《刑事诉讼法》在1996年的修改中,就允许轻微犯罪的非犯罪

① 夏勇:“试论‘出罪’”,载《法商研究》2007年第6期。

② 衣家奇:“非犯罪化的途径及我国的选择”,载《华东政法学院学报》2005年第6期。

③ 陈兴良:“入罪与出罪:罪刑法定司法化的双重考察”,载《法学》2002年第12期。

④ 汪建成、杨微波:“论犯罪问题非犯罪化处理的程序机制”,载《山东警察学院学报》2006年第5期。

化处理。《刑事诉讼法》第142条第2款规定：“对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。”《刑事诉讼法》的这一规定似乎与《刑法》第3条的规定冲突，因为《刑法》第3条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的”行为，虽然情节轻微，但是，也已经构成犯罪；没有处罚是刑法规定允许不处以刑罚，没有被“定罪”就违反了《刑法》的要求。由于依据《刑事诉讼法》第142条第2款的规定进行的酌定不起诉处理，早期执行中严格按照刑法规定的不需要判处刑罚的轻微犯罪才适用。所以，案件适用的范围和数量都是非常的有限，并没有引起理论界的关注。自刑事和解公开化、制度化、普遍化之后，不仅仅是轻微犯罪案件，诸如抢劫等比较严重的犯罪，也有通过和解方式没有被定罪处刑的。而且，“实地调查也表明，在绝大部分地区的刑事和解实践中，对和解成功案件的加害人适用酌定不起诉的比例都比较低，大量案件是通过退回公安机关撤案或者向法院提出从轻的量刑建议两种方式来处理。”在特定案件的调查中，“公安机关撤案不予追诉的115人，占全部和解成功案件加害人的36.5%；检察机关作出酌定不起诉的25人，占7.9%”。^①显然，酌定不起诉已经不是刑事和解的主要法律依据。成功的刑事和解已经有相当一部分超越法律规范运行，而且是采取达成和解后由检察机关退回公安机关撤案的“倒流”方式。成功和解的案件约一半没有依照刑法的原则性要求“定罪”，使得没有《刑法》授权的司法将法律明文规定的犯罪进行了“非犯罪化”处理。司法出罪不但没有刑法的根据，也没有刑事诉讼法的根据。这种“存在”的“非法性”是否能够被其“合理性”所缓解？到目前为止，刑事和解之所以能够冒“非法”之风险，顶不绝于耳的否定之声，在全国范围内全面推广，其主要原因是社会效果良好：被害人不再采取上访、申诉甚至暴力自救方式保护其利

① 宋英辉等：“公诉案件刑事和解实证研究”，载《法学研究》2009年第3期。

益,社会秩序明显稳定;加害人不需要被定罪处刑而使其本人、家庭减少因犯罪产生的负面影响;羁押成本的节约和短期自由刑弊端的克服,使得司法资源配置更加合理,犯罪人的再社会化过程经济而迅速;被害人与加害人是熟人的刑事和解案件,双方关系得到恢复的比率很高,促进了人际关系的和睦。和谐社会的推进,刑事和解似乎功不可没。有学者总结实证研究的体会之一是:“……某些‘看起来不美’的非制度性实践,往往隐藏着刑事诉讼制度改革的合理化方向。……我们应当在一种价值中立、价值无涉的客观观察之中去发现中国运行中的法律是什么、合理的法律制度是什么,这有助于我们发现法律人没有关注的法律现实,甚至发现实际运作中的合理性机制。”^①

由于各国同样面临着司法体系无法承载越来越多的刑事案件的问题,各国通过国际公约和本国立法的方式开始寻求非犯罪化、非刑罚化、刑罚轻缓化等节省司法资源的路径,恢复性司法对传统的对抗性司法提出了挑战。2005年12月,时任中共中央政法委书记的罗干在全国政法工作会议上提出,宽严相济刑事政策是“我们在维护社会治安的长期实践中形成的基本刑事政策”。2006年10月,中共中央十六届六中全会通过的《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中指出“要实施宽严相济的刑事司法政策”。2006年11月,罗干又在全国政法工作会议上指出,要善于运用宽严相济的刑事司法政策来遏制、预防和减少犯罪。2006年3月,最高人民法院、最高人民检察院在十届全国人大四次会议上的工作报告中,都提出了要认真贯彻宽严相济的刑事政策,但对该政策的定位没有直接说明。尽管宽严相济刑事政策强调的是区别对待,“重重轻轻”,但是“根据宽严相济刑事政策演进的情况,可以看出,宽严相济刑事政策有着深厚的历史渊源,是在经历了相当时期的演进过程之后提出的,是惩办与宽大相结合的刑事政策的继承和发展;又是在构建社会主义和谐社会的历史条件下,作为独立的刑事政策提出

^① 左卫民:“范式转型与中国刑事诉讼制度改革”,载《中国法学》2009年第2期。